

**CNEJGE**

Intervention le 12 janvier 2022

de

**Maurice NUSSENBAUM**

*Professeur émérite à l'Université Paris-Dauphine  
Expert financier agréé par la Cour de cassation(h)  
Président de Sorgem Evaluation*

**L'ESTIMATION DES PREJUDICES RESULTANT DES PRATIQUES  
ANTICONCURRENTIELLES APRES LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE  
2014/104/UE (DECRET 2017/305)**

## **INTRODUCTION GENERALE**

---

- 1-** La CJCE, la directive 2014/104 et sa transposition en France le 9 mars 2017,
- 2-** Le fil directeur : Comment la jurisprudence essaye de rendre les réparations plus effectives.

Le principe d'effectivité pose que les exigences du droit national relatives à la diversification du préjudice ne doivent pas rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit à réparation.

- 3-** Jurisprudence associée à ces textes récente en France, mais suffisamment d'applications pour faire un premier bilan.

#### **4- Rappel des apports de la directive**

- La caractérisation et la preuve de la faute (C.com L481-1)  
Il s'agit d'une faute civile qui engage la responsabilité de l'auteur de l'infraction
- La caractérisation et la preuve du préjudice (C.com L 481-3)  
Perte subie-manque à gagner ou PDC.
- La présomption de préjudice inférée par la faute ne s'applique qu'aux ententes (C.com L 481-7).
- La répercussion des surcoûts : présomption simple de non-répercussion.

- Accès aux pièces de la procédure :

Pièces couvertes par le secret des affaires : le juge peut restreindre l'accès (procédure spécifique C.com 483-2 à 483-10).

- Règles de prescription : 5 ans à partir de la connaissance des faits par le demandeur.

## **5- Présentation du Guide de la Commission de 2013**

**5.1-** Ces directives ont pour objet de faciliter les actions privées en dommages et intérêts mais ne se prononcent pas sur les méthodes d'appréciation des préjudices.

Ces méthodes ont fait l'objet d'un autre texte élaboré antérieurement par la Commission : le Guide pratique de la Commission (2013)<sup>1</sup>.

Ce guide a été complété en juillet 2019 par une communication sur l'évaluation des surcoûts par les acheteurs indirects.

---

<sup>1</sup> *Commission européenne 2013. Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (2013, draft).*

**5.2-** Le Guide aborde tout d'abord la question du scénario contrefactuel qui constitue la pierre angulaire de l'indemnisation.

On distingue trois catégories de méthodes :

- méthode comparative (ou but for) ;
- simulation ;
- ou bien encore approches financières.

Ces méthodes soulèvent toutes des difficultés d'application (problème de la démonstration du lien direct).

**5.3-** Le Guide applique ces méthodes dans deux catégories de préjudices très différents : le cas des ententes avec la question de la répercussion des surcoûts et celles des pratiques d'éviction.

5.3.1. Dans le cas des ententes, les entreprises fixent des prix excessifs qui constituent des surcoûts pour les acheteurs directs ou indirects

5.3.2. Les pratiques d'éviction des concurrents visées par les articles 101 et 102 du TFUE comprennent les pratiques de verrouillage telles que prédation, accords exclusifs, refus de fourniture, ventes liées et groupées.

**5.4-** Le Guide suggère, en vue de rendre la réparation effective, de prévoir des exigences moindres aux fins de la quantification du préjudice.

En pratique c'est toute la question : a-t-on observé un allègement du niveau des épreuves exigées ? (cf la décision de la Cour de Dortmund).

## **A- LA PRESOMPTION DU PREJUDICE INFEREES DE LA FAUTE ET SON QUANTUM**

On rappelle que cette présomption est réfragable et ne s'applique qu'au cas des ententes.

### **1- Les cas d'ententes horizontales**

Dans tous les cas d'ententes, les entreprises alléguant un préjudice doivent prouver le lien de causalité entre la PAC et le quantum du préjudice allégué car l'existence du préjudice, même présumée, ne suffit pas à établir son quantum.

- 1.1- L'affaire DOUX c/ROULLIER et SIMAB Industries (CA ch 5-4 ; 6 février 2019)**
- 1.2- L'affaire BARRETTARA / SA Signaux Girod et al (CA PARIS, pole 5 - ch. 4, 28 février 2018) ou la preuve impossible**
- 1.3- L'affaire SASU Johnson et Johnson c/SAS Carrefour France (CA Paris, ch 5.4, 14 avril 2021 (décision d'origine : ADLC du 18-12-2014))**



## **2- Les conséquences de l'éviction et la présomption de préjudice**

En cas d'APD, il n'existe pas de présomption de préjudice. Le demandeur doit tout établir : l'existence du préjudice et son étendue.

**2.1- BES RAVISE/ORANGE (CA Paris, pôle 5 ch.4 ; 11 avril 2018) : préjudice d'éviction résultant d'une pratique anticoncurrentielle**

**2.2- GIE Pari Mutuel Urbain c/ Betclic (CA Paris ch 5.4, Arrêt du 12.09.2018)**

## **Conclusion partielle**

- les préjudices d'éviction ne sont pas écartés faute de preuve comme dans Barrettara mais renvoyés à l'expertise ;
- les préjudices de cartel sont reconnus ;
- Il existe des problèmes d'harmonisation entre juridictions et même à l'intérieur d'une même juridiction.

## **B- L'EPINEUSE QUESTION DES INTERETS COMPENSATOIRES**

---

Tout le débat sur cette question provient de la réaffirmation par la Directive de l'existence de deux préjudices distincts résultant de l'écoulement du temps : l'érosion monétaire et la perte de chance subie du fait de l'indisponibilité du capital.

La jurisprudence a beaucoup hésité avant d'établir sa doctrine.

### **1- Cour d'appel de Paris pôle 5 chambre 4**

**1.1- Outremer Telecom (CA Paris, pôle 5, ch 4 - 10 mai 2017, no 15/05918)**

**1.2- SCP Ravise c/ SA Orange du 11 avril 2018 (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 11 avr. 2018, n° 14/14758)**

- 1.3- SARL Doux Aliments du 6 février 2019 (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 6 févr. 2019, n° 17/04101)**
- 1.4- SA DIGICEL Antilles Françaises Guyane c/ SA ORANGE 17 juin 2020 (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 17 juin 2020, n° 17/23041)**

## **2- Le Tribunal de Commerce de Paris**

**2.1- SAS Medias RCS c/SA les Editions Amaury (TC PARIS 13<sup>ème</sup> Chambre - 11 juin 2019)**

**2.2- SAS Carrefour France c/ VANIA Expansion SAS (TC PARIS, 15<sup>ème</sup> Chambre – 4 novembre 2019)**

En pratique, le recours au WACC a été écarté dans les décisions récentes et semble difficile à établir ce qui peut se comprendre en se référant à la théorie financière de l'absence de repas gratuit (on ne rémunère pas un risque qui n'est pas supporté mais on indemnise une perte d'opportunité à condition qu'elle soit rigoureusement établie).

## **C- LA QUESTION DU PASSING ON**

---

Le principe de préjudice des victimes directes et indirectes a été développé dans le Guide 2013 et surtout dans la Communication de la Commission du 9 août 2019 (2019/C267/07).

La Directive et l'Ordonnance ont prévu un renversement de la charge de la preuve en considérant qu'était présumée la non-répercussion sur les consommateurs des hausses de prix issues des ententes.

- 1- Le cas Cheminova (Handelsretten (tribunal maritime et commercial danois), 15 janv. 2015, SH2015.U-0004-07, Cheminova A/S c/ Akso Nobel Functionnal Chemicals BV e.a.)**
  
- 2- Le cas de Doux Aliments (CA Paris, pôle 5, ch. 5, 27 févr. 2014, n° 10/18285)**
  
- 3- SAS Supermarché Match et al c/ Lactalis – Nestlé (CA Paris, ch. 5.4, 24 nov. 2021, n° 20/04265)**

## CONCLUSION

---

- Les principes d'effectivité et d'équivalence n'ont pas encore reçu une application pleine et entière.
- La nécessité de démontrer l'étendue du préjudice, même si son existence peut être présumée dans le cas des ententes, demeure pleine et entière.
- Une grande diversité demeure dans les appréciations entre les juridictions nationales et internationales puisque certaines étendent la présomption jusqu'au quantum (ex Dortmund).